

Refugiados y crisis migratorias: fronteras y *desterritorialidad* en las puertas de Europa *

Alejandro DEL VALLE GÁLVEZ

Catedrático de Derecho Internacional Público

Titular de la Cátedra Jean Monnet de Inmigración

y Fronteras de Derecho de la UE

Universidad de Cádiz

*Director, Centre of Excellence «Migration and Human Rights
in Europe's External Borders»*

I. INTRODUCCIÓN

La denominada crisis de los refugiados de 2015 ha trastocado muchos aspectos de la integración europea. No se trata solo de la política migratoria o de la acogida a solicitantes de asilo, sino de numerosos aspectos vinculados a la esencia misma y naturaleza de la Unión y de la construcción europea, pues son los valores europeos los que están en juego a la hora de afrontar los desafíos que plantea la presión migratoria actual y futura hacia Europa¹.

En este trabajo analizaremos el impacto de la crisis de refugiados de 2015, en el sistema europeo de fronteras interiores y exteriores, y los nuevos aspectos de control migratorio en las fronteras exteriores, que van más allá de los espacios bajos soberanía o jurisdicción de los Estados.

Para ello analizamos (II) la conformación de, espacio europeo de libre circulación «federal» de personas y sus sistema de fronteras en vigor desde 1995; el análisis de la crisis, sus efectos y la reacción de la UE nos

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de I+D «España, seguridad y fronteras exteriores europeas en el área del Estrecho», DER2015-68174-R (IP A. DEL VALLE e I. GONZÁLEZ), Proyecto financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y Fondos FEDER de la UE.

¹ Hemos analizado estas temáticas en 2016, con A. DEL VALLE GÁLVEZ, «Unión Europea, crisis de refugiados y *limes imperii*», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 38, 2016; y en «Los refugiados, las fronteras exteriores y la evolución del concepto de frontera internacional», *Revista de Derecho Comunitario Europeo-RDCE*, año núm. 20, núm. 55, 2016, pp. 759-777.

llevará a determinar cómo esta concreta crisis se incardina en un marco de flujos y presión migratoria cuyas rutas de acceso a Europa son bien conocidas, y que determinan las vías migratorias que denominamos las *puertas de Europa* con los Estados vecinos de Turquía, Marruecos y Libia.

La situación de las fronteras internas y externas tras la crisis y los retos migratorios presente y futura son igualmente examinados (III). En particular se analizan los obstáculos a la libre circulación, y la situación de las fronteras exteriores en su evolución del control migratorio. Aquí valoramos los problemas de la inmigración por vía marítima, y la preocupación actual por poner en marcha y desarrollar un Sistema Integrado de Gestión de Fronteras Exteriores.

El fenómeno conocido como la Externalización de políticas y controles migratorios nos ocupa en el Bloque IV. Abordaremos las diferentes situaciones y propondremos catalogar como «desterritorialización» el conjunto de experiencias, normas y prácticas que se desarrollan más allá de la jurisdicción de los Estados y de la actuación exterior de la UE. Expondremos nuestra opinión sobre la conveniencia de diferenciar entre externalizar las políticas migratorias con terceros Estados, y la actuación extraterritorial de control migratorio fronterizo. Unas conclusiones (V) nos permitirán recapitular las principales valoraciones de nuestro trabajo.

II. LAS FRONTERAS Y LAS PUERTAS DE EUROPA

1. *Schengen*, fronteras interiores y fronteras exteriores

La función que cumple la frontera como lugar de control de mercancías y personas es decisiva en el proceso de integración europea, ya que determina la circulación de mercancías y la movilidad de personas. Históricamente esas funciones de control de personas se han venido realizando sobre la misma o en lugares próximos a la frontera línea divisoria. Sin embargo, el proceso de integración europea ha llevado a modificar muy sensiblemente estas funciones de control fronterizo, a consecuencia principalmente de los avances en la integración económica y política. En efecto, la constitución de un espacio económico unificado en los territorios continentales de los Estados miembros de la UE ha implicado la necesidad de simplificación funcional de normas sobre la circulación interior de mercancías y personas de cualquier nacionalidad en este espacio común de naturaleza económica.

Este vector económico de unificación funcional de los territorios de los Estados participantes en la integración, fueron los poderosos factores que llevaron a los Pactos de Schengen de 1985 y 1990, y que hicieron que en la primavera de 1995 entrara en vigor el Convenio de Aplicación de Schengen —luego «comunitarizado» por el Tratado de Ámsterdam de 1997—, con sistemas homogéneos de control de acceso y salida del territorio interno «federal» de circulación. Se trata sin duda de una nueva experiencia

histórica de convivencia territorial de los Estados europeos², y una auténtica evolución del concepto y modelos clásicos de frontera internacional, que llevaron a la consolidación de la diferencia entre «fronteras interiores» y «fronteras exteriores» en los Estados europeos³.

Esto en definitiva fue lo que consagró la realidad de lo que se ha conocido como la *Europa sin fronteras*, expresión que hace referencia en realidad a un territorio sin controles de fronteras terrestres, marítimas y aeroportuarias entre los Estados miembros; por lo tanto, haciendo elipsis del término «controles de» frontera interior; en efecto, jurídicamente la expresión correcta sería *Europa sin controles de fronteras interiores*⁴. Es cierto que el logro del nuevo modelo instaurado en 1997 para las fronteras interiores europeas, tenía una sólida base jurídica: la misma definición del Mercado interior como *espacio sin fronteras interiores*.

En el TUE y TFUE en vigor, tenemos una regulación que consagra en Derecho originario la necesidad funcionalista de ordenación normativa de circulación de la libre personas en el espacio o territorio económico unificado, diferenciando con claridad las fronteras interiores y las fronteras exteriores.

El régimen de fronteras interiores europeas tiene en el TFUE el objetivo claro y poderoso de la supresión de controles, por tanto, consagrandolo la libre circulación en un territorio «federalizado» sin controles de frontera. Así establece en el Título del Espacio de libertad, seguridad y justicia, Capítulo sobre Políticas sobre Controles en las Fronteras, Asilo e Inmigración, en el art. 77:

«1. La Unión desarrollará una política que tendrá por objetivo:

a) Garantizar la ausencia total de controles de las personas, sea cual sea su nacionalidad, cuando crucen las fronteras interiores».

Disposición redactada con una explícita voluntad de abarcar toda situación de control fronterizo interior («Garantizar», «ausencia total» «sea cual sea su nacionalidad»), estableciendo un mandato claro y sin posibilidad de interpretación divergente, sobre la obligatoriedad para los Estados del no control fronterizo de personas.

Junto a este régimen, tenemos el complementario sobre las fronteras exteriores, con controles necesarios a consecuencia de la supresión de todo tipo de control en las fronteras interiores entre los Estados⁵. El mismo art. 77 TFUE dispone:

² Véase A. DEL VALLE GÁLVEZ, «La refundación de la libre circulación de personas, Tercer Pilar y Schengen: el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 3, 1998, pp. 41-78.

³ A. DEL VALLE GÁLVEZ, «Las fronteras de la Unión-El modelo europeo de fronteras», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 12, 2002, pp. 299-341.

⁴ Este tema lo tratamos en «¿Soberanía sin Territorio?», en *Principios y Justicia en el Derecho Internacional-Libro Homenaje al Profesor Antonio Remiro Brotons*, Madrid, Dykinson, 2018.

⁵ Este aspecto en A. DEL VALLE GÁLVEZ, «Control de Fronteras y Unión Europea», *AFDUAM* núm. 7, 2003, pp. 67-92, esp. pp. 72 y ss.

«1. La Unión desarrollará una política que tendrá por objetivo:

b) Garantizar los controles de las personas y la vigilancia eficaz en el cruce de las fronteras exteriores».

Así, el cruce de las fronteras exteriores se regula en el Tratado con un escalón menor de detalle que las fronteras interiores: hay que garantizar controles de personas y además una vigilancia del cruce exterior; y esta vigilancia además ha de ser eficaz. Pero la eficacia es un calificativo de difícil precisión jurídica, y remite a una posterior evaluación, probablemente de naturaleza política.

Con todo, queda claro que, correlativamente a la supresión de controles en las fronteras interiores, se establezca como necesario el mantenimiento de controles en las fronteras exteriores europeas. De ahí el carácter permanente de la construcción institucional y jurídica de las fronteras exteriores europeas y de la necesidad posterior de la gestión integrada [art. 77.1.c)], que solo puede llevar a un progresivo refuerzo y desarrollo del modelo fronterizo europeo.

Estos objetivos y regulación de Derecho originario determinan que las fronteras exteriores de la Unión tengan unas muy especiales características y propiedades, y que se configuren como una construcción propia evolutiva y fundamental en la integración europea.

Precisamente, uno de los logros más impresionantes de la integración europea es haber desarrollado lo que hemos denominado un *Modelo* propio de fronteras⁶, en el que la función de control fronterizo se ha adaptado a la realidad de la integración y del espacio Schengen, reordenando peculiarmente las funciones de poder público de vigilancia y control fronterizo entre los Estados miembros. De esta manera, el *Modelo europeo de fronteras* ya transformó con su regulación en el Tratado de Ámsterdam, en vigor desde 1999, la concepción tradicional de frontera, al suprimir los controles de fronteras interiores, con correlativas medidas securitarias, e innovaciones en Derecho internacional como la generalización de la persecución «en caliente» terrestre⁷.

En este contexto, la analogía de la UE como entidad política con ciertos atributos similares a los de un Estado, requiere idealmente que la Organización internacional de integración cuente con elementos propios de un sujeto estatal: los nacionales (los ciudadanos europeos), un Derecho común de extranjería (un conjunto de normas propias para regular el acceso, estancia y salida del territorio de la UE); y también de un territorio delimitado por fronteras, donde se ejerzan sus principales competencias. Al mismo tiempo, la entidad política naciente debe tener una política fronteriza para el control común y las relaciones con los países limítrofes.

⁶ Véase A. DEL VALLE GÁLVEZ, «Las fronteras de la Unión-El *modelo europeo* de fronteras», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 12, 2002, pp. 299-341.

⁷ Estas ideas las expusimos en «Las fronteras de la Unión», *ibid.*

2. La crisis de refugiados de 2015 y la inmigración hacia Europa

Durante los años 2015-2016, llegaron millones de personas a Europa, en un fenómeno originado principalmente por la guerra civil en Siria y que se denominó la *crisis de refugiados*, y en la que se desbordaron todos los sistemas de control fronterizo exterior europeo.

En principio, hay que constatar que la crisis fue motivada por la confluencia histórica de diversos factores, como las consecuencias de las primaveras árabes en algunos países como Túnez, los efectos de la intervención y guerra en Libia, y la guerra civil en Siria.

Sin embargo, en un contexto de tendencia de progresivo aumento en la llegada de inmigrantes a las fronteras europeas, esta crisis ha puesto de manifiesto ya decididamente la realidad migratoria hacia Europa, como un elemento estructural de su existencia hacia el futuro: en este orden de ideas, la Comisión ha considerado que estamos ante una presión migratoria que constituye y va a constituir la nueva normalidad (*the new normal*) para la UE⁸, con perspectiva de medio y largo plazo. Se trata de la *muy previsible permanencia de la presión migratoria* o de la llegada masiva de desplazados, que por motivo de crisis, conflictos, problemas medioambientales, entre otros, pueden alcanzar los territorios europeos⁹.

Esta concreta crisis, independientemente de su enorme impacto mediático, ha tenido unas profundas consecuencias sobre la opinión pública y la misma construcción europea, con consecuencias de todo orden en la Unión Europea y los Estados miembros. Hay que advertir de que muchos aspectos que ahora se presentan como consecuencia de la crisis, ya estaban presentes o en estado embrionario, y con la crisis se ha decantado su surgimiento o puesta en cuestión, con la necesidad de su debate y tratamiento normativo, político e institucional.

Podemos brevemente referir algunas cuestiones que consideramos los principales efectos de la crisis de refugiados referida¹⁰.

Así, nos encontramos ya con un problema terminológico de utilización de términos variados, que los medios utilizan como sinónimos en muchas ocasiones: inmigrantes, refugiados, solicitantes de asilo, huidos, desplazados, por ejemplo. Y es que con la crisis se ha puesto de relieve la confusión conceptual existente respecto a la inmigración, como revela la indistinta utilización de los términos de *Refugiado/Inmigrante*, que se confunden con solicitantes de asilo. La realidad migratoria ha llevado

⁸ «La presión migratoria exterior es la “nueva normalidad” tanto para la UE como para los países socios», COM(2016) 385 final, 7 de junio de 2016, p. 6.

⁹ C. GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, «La crisis de los refugiados: pensando a medio plazo», *Real Instituto Elcano*, Documento de Opinión de 21 de marzo de 2016.

¹⁰ Véanse los ya referidos trabajos nuestros «Unión Europea, crisis de refugiados y *limes imperii*», *RGDEur*, *op. cit.*, y en «Los refugiados, las fronteras exteriores y la evolución del concepto de frontera internacional», *RDCE*, *op. cit.*

a la pérdida del referente específico del Refugiado de la Convención de Ginebra; este tradicional tipo conceptual, bien regulado jurídicamente en Derecho internacional y en los ordenamientos de los Estados miembros, se encuentra ahora difuminado en su tratamiento, ya que se ha teñido como condición humanitaria una gran variedad de situaciones que van desde el refugio económico o ambiental, a la protección subsidiaria, al demandante de asilo o a desplazados en masa.

En este contexto, el sistema europeo regulatorio del procedimiento de asilo y refugio, conocido como el sistema *Dublín*, está muy cuestionado ya que hace recaer la principal responsabilidad en los Estados de entrada en la UE de los solicitantes, lo que invariablemente conduce a que los Estados de frontera exterior (Italia, Grecia y España) tengan una mayor carga económica y procedimental. La Comisión ha propuesto adaptar el sistema de examen de asilo de *Dublín* con claves correctoras de distribución, entre otras medidas¹¹.

Por otra parte, el sistema ideado para la inmediata acogida y recepción durante la crisis de refugiados, denominado los *hotspots*, no parecen haber tenido un desarrollo aceptable. Los *hotspots/puntos críticos*, centros de identificación de inmigrantes en Grecia e Italia, han tenido muchas críticas por el débil respeto de derechos humanos de los extranjeros en estos centros. La gestión muestra que los sistemas de acogida y registro en la llegada desplegados en los *hotspots* de Grecia, pero también en Italia, han resultado claramente insuficientes¹², y necesitados de una mejor coordinación de agencias y de normativa adecuada¹³.

Desde luego, es totalmente necesaria una reflexión más sopesada respecto a conceptos y catalogación de situaciones de los extranjeros que llegan a Europa, pues los conceptos van enlazados y determinan estatutos jurídicos concretos, y a su vez estos son los determinantes de los diferentes derechos y obligaciones de las personas en los territorios europeos.

Por otra parte, un aspecto capital para la experiencia europea de integración a través de la UE es la libre circulación de mercancías y personas en el espacio «federal» de libre circulación que constituye el Área Schengen entre 22 Estados UE y cuatro Estados europeos no UE (Noruega, Suiza e Islandia, además de Liechtenstein). Con la crisis de refugiados, desde luego, las temáticas esenciales y vinculadas al Mercado interior eu-

¹¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo hacia una reforma del sistema europeo común de asilo y una mejora de las vías legales a Europa, COM(2016) 197 final, de 6 de abril de 2016.

¹² B. PRIETO, «Los *hotspots*, un eslabón débil en la gestión de la crisis de los refugiados», *Análisis del Real Instituto Elcano*, ARI 25/2016, de 4 de marzo de 2016. European Council on Refugees and Exiles - ECRE, *The Implementation of the Hotspots in Italy and Greece - A Study*, diciembre de 2016.

¹³ Estas son las propuestas de D. FERNÁNDEZ ROJO, en su análisis «Los *hotspots*: expansión de las tareas operativas y cooperación multilateral de las agencias europeas Frontex, Easo y Europol», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 61, 2018, pp. 1013-1056.

ropeo de *Libre circulación, Schengen y Fronteras interiores y exteriores* se han visto muy debatidas y sometidas a un preocupante cuestionamiento político, con solicitudes numerosas de restablecimiento de controles en algunas fronteras interiores. En efecto, a consecuencia de la llegada a los países centroeuropeos de más de dos millones de personas solo en 2015, produjo la reactivación (conforme a los procedimientos previstos) de los controles en las fronteras interiores europeas de Alemania, Dinamarca y Austria. De forma que uno de los pilares de la integración como es la libre movilidad en el área Schengen vio amenazada su misma supervivencia en los momentos cenitales de la crisis.

Aquí hay un tema de fondo no resuelto, que es el del estatuto jurídico de las personas en desplazamiento en el interior del área Schengen, en búsqueda de protección internacional. En esta crisis los desplazados han solicitado abrumadoramente el estatuto de refugiado, para en su caso obtener protección humanitaria del Estado de acogida, o el estatuto de «protección subsidiaria», que es una de las aportaciones del Derecho europeo al Derecho internacional de los refugiados.

Además, la dramática crisis ha demostrado que, como señalamos más adelante, los controles de las fronteras exteriores marítimas mediterráneas constituyen un problema sin solución, ya que todas las medidas puestas en marcha por los Estados o coordinadas por Frontex, han resultado contraproducentes o inefectivas, y provocado una muy alta controversia interna, particularmente en los Estados con fronteras exteriores marítimas (España, Italia y Grecia).

Al mismo tiempo, es interesante poner de relieve cómo la crisis ha evidenciado el *método de avance comunitario*, pues son las periódicas crisis que sacuden Europa las que en definitiva han hecho históricamente avanzar con pequeños pasos la integración de los europeos. Y quizá en este respecto es ilustrativo cómo se produjo la conversión de Frontex en la *Guardia Europea de Fronteras y Costas*¹⁴, *con un aumento de efectivos y competencias, entre ellas, las que ahora puede desplegar en materia de Búsqueda, Rescate y Salvamento marítimos*¹⁵.

Pero la crisis migratoria ha causado profundas fisuras en el terreno político y de legitimidad de la integración. Estamos ante la evidencia de *consecuencias graves para la integración política europea*, por los impactos económicos y demográficos directos de la afluencia masiva de personas en búsqueda de protección, y que implican la presencia a medio plazo al menos en suelo europeo de cientos de miles de personas que requieren de ayuda y atención de los poderes públicos.

¹⁴ Véase M. ACOSTA SÁNCHEZ, «La nueva Guardia Europea de Fronteras y Costas, una necesaria evolución de FRONTEX», *Boletín IEEE*, núm. 4 (octubre-diciembre), 2016, pp. 466-482. C. SOLER GARCÍA, «La guardia europea de fronteras y costas: ¿Un avance respecto a Frontex? Una valoración provisional», *REEL*, núm. 34, 2017.

¹⁵ Véase, por ejemplo, F. ESTEVE GARCÍA, «The Search and Rescue Tasks Coordinated by the European Border and Coast Guard Agency (Frontex) Regarding the Surveillance of External Maritime Borders», *Paix et Sécurité Internationales*, núm. 5, 2017, pp. 93-116.

Desgraciadamente hemos visto una rampante insolidaridad de algunos Estados europeos: así, tras las decisiones de 2015 para acoger 160.000 refugiados, hemos presenciado la convocatoria de un referendo en Hungría para cuestionar estas decisiones de redistribución de refugiados, e incluso el rechazo por algunos Estados de los cupos de refugiados. Esto ha motivado una fortísima crisis interna en la UE; aunque en mi opinión es incluso de mayor envergadura la repercusión que tienen estas actitudes y políticas internas sobre la esencia los valores y la identidad que la Unión encarna y protege: por lo que se ha puesto en cuestión la legitimidad y la narrativa del mismo proyecto de integración europeo.

La falta de acuerdo interno y solidaridad de los Estados miembros es en buena parte la que ha ensombrecido la adopción de medidas estructurales y coyunturales por la UE, impidiendo una efectiva reacción institucional, jurídica y política ante la crisis. Desde luego, la UE no había previsto una situación crítica migratoria como la vivida, y sus mecanismos institucionales y decisionales son complicados e inadaptados para una reacción rápida a la altura de las circunstancias.

Quizá el Acuerdo con Turquía de 2016 es claro ejemplo de esta improvisación y de una deficiente articulación de respuestas jurídico-institucionales; y ello aun considerando ciertos éxitos coyunturales de detención de los masivas llegadas de refugiados y desplazados que provenían principalmente de Siria¹⁶, y cuya carga principal sigue asumiendo Turquía¹⁷.

¹⁶ El Acuerdo global con Turquía fue clave en la crisis migratoria de 2015-2016, y al que se llega en octubre de 2015 (E. SOLER, «Turquía se hace indispensable», en CIDOB, *Europa ante la crisis de los refugiados: 10 efectos colaterales*, 11/2015, pp. 35-36). Este Acuerdo incluye tanto proseguir avanzando en los capítulos de la negociación de adhesión abierta en 2005, como el compromiso de Turquía de liberalización de visados y un mayor control de salida del territorio turco hacia Grecia, con una generosa ayuda europea para este fin. El Acuerdo (*Statement*) con Turquía de readmisión de refugiados y las relaciones con los países fronterizos, se estableció formalmente el 18 de marzo de 2016 (Acuerdo o Declaración, contenida en el Comunicado de Prensa 144/16 del Consejo, que puede consultarse en <http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement/>; véase P. LISA, «The EU-Turkey Agreement: a turning point in the EU's policy approach to the refugee crisis but with the devil lurking in the detail», *Real Instituto Elcano*, Expert Comment 15/2016, 8 de abril de 2016). Jurídicamente ha sido muy debatida su naturaleza: véase, por ejemplo, a este respecto, J. SANTOS VARA, «La declaración Unión Europea-Turquía de 18 de marzo de 2016 ¿un tratado disfrazado?», en *Retos para la acción exterior de la Unión Europea*, 2017, pp. 289-300; E. URÍA GAVILÁN, «La declaración Unión Europea-Turquía: la externalización de la seguridad en detrimento de la protección de los derechos humanos», en E. J. MARTÍNEZ PÉREZ (coord.); C. MARTÍNEZ CAPDEVILA, M. ABAD CASTELOS y R. CASADO RAIGÓN (dirs.), *Las amenazas a la seguridad internacional hoy*, 2017, pp. 89-101. Y es que de su condición jurídica de Tratado Internacional o de simple Declaración Política derivan importantes consecuencias de control en la aplicación y vigilancia del cumplimiento por las instancias de la UE y los Estados. El Tribunal de Justicia señaló en su decisión sobre este asunto en Febrero de 2017 que no se trataba de un Tratado firmado por ninguna institución de la UE, sino en su caso por los Estados miembros, Autos del Tribunal General de 28 de febrero de 2017, en los asuntos T-192/16, T-193/16 y T-257/16 NF, NG y NM/Consejo Europeo, en los que el Tribunal General de la UE se declara carente de competencia para resolver los recursos de tres solicitantes de asilo contra la Declaración UE-Turquía, ECLI:EU:T:2017:128, 129 y 130.

¹⁷ Respecto a la situación actual y la movilización adicional de recursos para, por ejemplo, escuelas y acceso a la sanidad de los niños sirios refugiados, véase el balance del comunicado «EU Facility for Refugees in Turkey: the Commission proposes to mobilise additional funds for Syrian refugees», 14 de marzo de 2018, IP/18/1723, y el Factsheet EU-Turkey Statement - Two

Pero el planteamiento de conjunto de la Comisión mediante su *Agenda Europea de Migración*, de mayo de 2015, ha dado lugar a importantísimas medidas operativas, legales y financieras¹⁸, y tiene un perfil estratégico muy valioso. Además, otras medidas adoptadas, como la del Nuevo Marco de Asociación (*New Partnership Framework*)¹⁹, son de muy largo alcance y pueden ir construyendo una política exterior propia que encare los grandes problemas de todo orden que acarrea la presión migratoria hacia Europa.

En general, la actividad de la UE para afrontar y regular las cuestiones migratorias, refugio y asilo ha sido impresionante en los últimos años²⁰. Con todo, el conjunto de medidas y políticas tiene el pesado lastre de la visión eurocéntrica basada en los intereses de seguridad y en la fórmula de cooperación al desarrollo a cambio de controles fronterizos y de flujos migratorios en los Estados de origen y tránsito; visión que no sitúa en pie de igualdad los intereses y planteamientos de los países africanos y de Oriente medio y Asia central, con los intereses que tiene Europa en perspectiva de medio y largo plazo sobre estas complejas cuestiones migratorias.

En este contexto se continúa desarrollando la Agenda Europea de Migración²¹; la Comisión considera que la situación es aún frágil²², y pretende reforzar la Agencia de Asilo de la UE²³ poniendo el acento ahora en la normativa de retorno de inmigrantes²⁴, y en robustecer la Agencia Europea de Fronteras y Costas²⁵. Pero seguimos sin tener claramente determinadas en la UE unas posibles vías de acceso legal a los Estados miembros, como podría ser el acceso a protección internacional mediante la figura del Visado Humanitario europeo²⁶. Las fórmulas que hoy por hoy se proponen (nueva Tarjeta Azul, nuevo acuerdo de reasentamiento, reforzar la

Tears on, abril de 2018, https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/20180314_eu-turkey-two-years-on_en.pdf.

¹⁸ La Agenda Europea de Migración, en COM(2015) 240 final, 13 de mayo de 2015. Véanse los avances en la aplicación de esta Agenda en los Comunicados de la Comisión de 10 de febrero de 2016, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-271_es.htm; y de 28 de septiembre de 2016, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-3183_es.htm.

¹⁹ COM(2016) 385 final, 7 de junio de 2016, *Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council and the European Investment Bank on establishing a new Partnership Framework with third countries under the European Agenda on Migration*, traducido como la «creación de un nuevo Marco de Asociación con terceros países en el contexto de la Agenda Europea de Migración».

²⁰ Un panorama reciente puede verse en *EU Asylum, Borders and External Cooperation on Migration - Recent developments*, European Parliament PE621.878, EPRS, mayo de 2018.

²¹ Véase el Comunicado «European Agenda on Migration: Continuous efforts needed to sustain progress», 14 de marzo de 2018, IP/18/1763, estableciendo los siguientes pasos y objetivos a perseguir en el marco de esta Agenda.

²² Comunicado «European Agenda on Migration: Still fragile situation gives no cause for complacency», 16 de mayo de 2018, IP/18/3743.

²³ MEMO/18/5714, de 12 de septiembre de 2018.

²⁴ MEMO/18/5713, de 12 de septiembre de 2018.

²⁵ MEMO/18/5715, de 12 de septiembre de 2018.

²⁶ Véase A. SÁNCHEZ LEGIDO, «El arriesgado acceso a la protección internacional en la Europa fortaleza: la batalla por el Visado Humanitario europeo», *Revista de Derecho Comunitario Europeo - RDCE*, núm. 57, 2017, pp. 433-472.

cooperación con terceros Estados con proyectos piloto)²⁷ parecen ostensiblemente insuficientes como respuesta estratégica.

3. Las puertas de Europa: Turquía, Marruecos, Libia

Tenemos ya una cierta perspectiva consolidada sobre las vías de entrada en Europa. Aunque la creación del espacio federal de libre circulación europeo tiene lugar de manera efectiva en la primavera de 1995, es a partir de la creación de la Agencia Frontex en 2004 cuando comenzamos a tener un enfoque global UE con datos y constatación de los lugares de entrada, cruces de fronteras exteriores y tendencias migratorias.

Así se verifica que las vías de entrada principales de inmigración irregular no se encuentran como alguna vez se temía en las fronteras exteriores de la Europa Oriental, sino en las fronteras exteriores mediterráneas, en los países del sur de Europa. En concreto, las llegadas se producen principalmente a Italia, Grecia y España, si bien no son lugares de destino final normalmente para estas personas que cruzan las fronteras exteriores de manera clandestina o irregular.

Hay varios elementos a destacar con esta constatación:

— Hay un factor evidente de cercanía física determinado por la geografía, que facilita los accesos por vía irregular. En el caso de España, por dos zonas, el área del Estrecho y las ciudades de Ceuta y Melilla, y la zona de Canarias. En el caso de Italia, por la llegada a las islas próximas a la costa tunecina, como Lampedusa. En el caso de Grecia, tanto por la frontera terrestre europea con Turquía delimitada por el río Evros, como por la vía marítima del Egeo hacia las islas bajo soberanía de Grecia más cercanas a la costa turca.

— Los accesos a los tres países europeos se producen desde los Estados vecinos del mediterráneo sur, que son países de tránsito u origen de la inmigración: Marruecos hacia España, Túnez y Libia hacia Italia, Turquía hacia Grecia.

— Es de destacar la existencia, en estos espacios de tránsito de personas, de reclamaciones o controversias territoriales entre Estados de la ribera norte y la sur: España y Marruecos y España (ciudades, islas y peñones de España en la costa africana); Turquía y Grecia, por las Islas del Egeo bajo soberanía griega.

— Estos Estados vecinos y fronterizos se sitúan o tienen fronteras a su vez con regiones, continentes y países que producen y van a seguir originando flujos migratorios desde Norte de África, África subsahariana, Oriente medio, Asia occidental y Asia central.

²⁷ IP/18/5712, de 12 de septiembre de 2018.

— En todos los casos se trata de inmigración por fronteras marítimas y además, en el caso de Grecia y España, de accesos por fronteras terrestres exteriores. Sin embargo, el número mayor de inmigrantes es, desde 2005, el que llega o intenta llegar por vía marítima a Europa.

— Existen acuerdos de la UE con estos países del mediterráneo sur, e incluso acuerdos bilaterales (España-Marruecos o Italia-Libia), que han limitado el acceso, en soluciones coyunturales que no afrontan los problemas de fondo estructurales de la inmigración irregular hacia Europa. A destacar en este ámbito que la vía utilizada no ha sido la formal de celebración de Tratados mixtos, Acuerdos por la UE o Convenios bilaterales por los Estados. Así, se considera que el Acuerdo UE-Turquía de 2016 no debe mantenerse como tal, debido a sus importantes carencias, entre ellas su propia naturaleza de instrumento dudosamente jurídico o regulado por el Derecho internacional público²⁸.

Por otra parte, los Acuerdos bilaterales entre Estados UE y Estados terceros se han convertido en un necesario instrumento complementario para las cuestiones de flujos migratorios hacia la UE. En particular, cabe referir el caso del «Acuerdo» entre Italia y Libia²⁹, también criticado por la forma jurídica adoptada, un Memorando de Entendimiento, y las consecuencias negativas directas e indirectas que luego se han producido respecto al respeto de derechos fundamentales básicos de inmigrantes en territorio libio.

— La UE ha denominado como vías o puertas de acceso la del Mediterráneo Oriental, Central y Occidental. Se constata en los datos de la Agencia Frontex que el cierre o mayor control fronterizo en una vía da lugar a la reactivación de alguna de las otras dos vías, alternándose las tres en diferentes periodos, por crisis o desvíos de rutas de afluencia hacia la Europa mediterránea.

Por lo anterior, se deduce la muy probable permanencia de estas vías de llegada por lo que denominamos gráficamente *las Puertas de Europa*, en un futuro próximo a medio y largo plazo.

III. ¿VULNERABILIDAD DE LAS FRONTERAS EXTERIORES EUROPEAS?

El control de fronteras exteriores ya tiene en la UE un rodaje de más de veinte años, y se han ido depurando los problemas que se han ido detec-

²⁸ Véase sobre este Acuerdo con Turquía, S. PEERS, «The final EU/Turkey refugee deal: a legal assessment», *EU Law Analysis*, 18 de marzo de 2016; M. DEN HEIJER y Th. SPIJKERBOER, «Is the EU-Turkey refugee and migration deal a treaty?», *EU Law Analysis*, 7 de abril de 2016; I. TOYGÜR y B. BENVENUTI, «One year on: an assessment of the EU-Turkey statement on refugees», *Análisis del Real Instituto Elcano*, ARI 21/2017, 21 de marzo de 2017.

²⁹ A. PALM, «The Italy-Libya Memorandum of Understanding: The baseline of a policy approach aimed at closing all doors to Europe?», *EU Immigration and Asylum Law and Policy-Eumigrationblog.eu*, 2 de octubre de 2017. El MOU Italia-Libia puede verse en http://eumigration-lawblog.eu/wp-content/uploads/2017/10/MEMORANDUM_translation_finalversion.doc.pdf.

tando, como es el caso de las fronteras exteriores aeroportuarias, que hoy no plantean un problema estructural, o en las fronteras terrestres. Se han adoptado importantes medidas como la introducción de identificadores biométricos en los visados³⁰. La tendencia al refuerzo de los controles de acceso en fronteras exteriores se ha visto confirmadas tras los atentados del terrorismo yihadista; es el caso de las medidas de refuerzo de control de salida y entrada del espacio Schengen, ampliándose ya generalizadamente a los ciudadanos de la UE³¹, con modificación del Código de Fronteras Schengen³².

Pero con la inmigración llegada en los últimos años se ha planteado un serio problema de vulnerabilidad de nuestras fronteras exteriores, tanto terrestres como aeroportuarias.

1. Fronteras interiores y resiliencia del Espacio Schengen

La lógica del espacio común Schengen de libre circulación implica establecer comunes controles de frontera exterior, para luego permitir el libre movimiento de cualquier persona de cualquier nacionalidad en el interior de este espacio que llamamos «federal» a estos efectos de libre circulación. Esto tiene una consecuencia importante, que es la de que sí podemos determinar qué personas entran y salen del recinto exterior común; pero en cambio no podemos hacer un seguimiento de las personas una vez que se introducen en este común espacio federal, pues no hay mecanismos para este fin. Como señala la propia Agencia Frontex, «no existe sistema en la UE capaz de seguir los movimientos de las personas en la Unión tras el cruce ilegal de las fronteras»³³.

El caso es que las afluencias masivas a Grecia con intención de llegar principalmente a Alemania y Suecia, provocó unos desbordantes movimientos llamados secundarios de desplazados. Estas personas se encontraban obligadas por la geografía a seguir rutas terrestres principalmente a través de los Balcanes, para llegar al territorio Schengen vía Eslovenia o Austria. Fueron estas llegadas súbitas de cientos de miles de personas las que condujeron al establecimiento en líneas fronterizas interiores de vallados, barreras y fuertes controles de acceso, con el trasfondo de la posición de una Alemania receptiva en su primera reacción; lo que llevó a un cierto restablecimiento de controles intraeuropeos por algunos

³⁰ Véase, por ejemplo, el art. 13 del Reglamento (CE) núm. 810/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio, por el que se establece un Código comunitario sobre visados (Código de visados), *DOUE* L 243, de 15 de septiembre de 2009, pp. 1-58.

³¹ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 562/2006, en lo relativo al refuerzo de los controles mediante la consulta de bases de datos pertinentes en las fronteras exteriores, COM(2015) 670 final, 15 de diciembre de 2015.

³² Reglamento (CE) núm. 562/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen), *DOUE* L 105, de 13 de abril de 2006, p. 1.

³³ Frontex-*Informe General 2015*, p. 7.

países. Por otra parte, los brutales atentados del terrorismo yihadista en París (noviembre de 2015) y Niza (julio de 2016) condujeron en Francia a la declaración del estado de excepción y restablecimiento de controles sistemáticos en sus fronteras.

El problema de la reintroducción de controles en las fronteras interiores es su eventual permanencia y la prolongación de este tipo de situaciones, que se pueden convertir en la situación habitual, en lugar de ser la excepción, como está normativamente previsto. Además las Notificaciones de los Estados para la reintroducción temporal de controles conforme al art. 25 del Código de Fronteras Schengen, se han multiplicado muy llamativamente a partir de 2015, y con referencias en los últimos años a las amenazas por la existencia de «movimientos secundarios significativos»³⁴.

En nuestra opinión, este muy sensible impacto en el sistema Schengen de libre circulación ha provocado serios daños, pero los consideramos reparables. En efecto, como hemos señalado en otro lugar³⁵, hay una serie de poderosos argumentos jurídicos y de la práctica que confirman la reversibilidad de las medidas adoptadas por los Estados en algunas de sus fronteras interiores:

— El Derecho originario: el art. 77.1.a) TFUE como hemos visto *supra*, es de una contundencia jurídica que no alberga la menor duda sobre la decidida atribución competencial y objetivo práctico a realizar: el no control en ninguna frontera interior terrestre marítima o aeroportuaria entre los Estados del Área Schengen.

— El carácter provisional de los controles interiores dentro del espacio «federal» Schengen motivado por la crisis de refugiados. El restablecimiento de controles se produce conforme a los procedimientos preestablecidos. Se trata de Notificaciones de reintroducción temporal de controles fronterizos, conforme a una normativa específica, el Reglamento 1053/2013, que se está aplicando³⁶. En este sentido, se producen revisiones periódicas de situación y autorizaciones por el Consejo de prolongación de controles en ciertos puntos o sectores, debido a la existencia de peligro para el funcionamiento global del espacio Schengen³⁷.

³⁴ Véase la lista de Notificaciones 2006-2018 en http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/borders-and-visas/schengen/reintroduction-border-control/docs/ms_notifications_-_reintroduction_of_border_control_en.pdf.

³⁵ «Los refugiados, las fronteras exteriores y la evolución del concepto de frontera internacional», *RDCE*, *op. cit.*, pp. 762-765.

³⁶ Reglamento (UE) núm. 1053/2013, del Consejo, de 7 de octubre, por el que se establece un mecanismo de evaluación y seguimiento para verificar la aplicación del acervo de Schengen, y se deroga la Decisión del Comité Ejecutivo de 16 de septiembre de 1998 relativa a la creación de una Comisión permanente de evaluación y aplicación de Schengen, *DOUE* L 295, de 6 de noviembre de 2013, pp. 27 y ss.

³⁷ Decisión de ejecución (UE) 2016/894, del Consejo, de 12 de mayo, por la que se establece una Recomendación de realización de controles temporales en las fronteras interiores en circunstancias excepcionales que pongan en peligro el funcionamiento global del espacio Schengen, *DOUE* L 15, de 18 de junio de 2016, pp. 8 y ss.

— El carácter muy parcial geográficamente de la reintroducción temporal de controles, que no se lleva a cabo en todo el cinturón fronterizo terrestre, aéreo y portuario de algunos Estados, sino únicamente en determinados pasos fronterizos de secciones predeterminadas como problemáticas. Solo en el caso de Francia, se ha notificado la reintroducción de controles en todas las fronteras, por el estado de emergencia tras los atentados de París y Niza, además de por eventos como el Tour de Francia.

Estas razones se complementan con la planificación desde el principio por la Comisión de la progresiva reinstauración de la completa libertad de circulación³⁸. En conjunto, es cierto que la crisis de refugiados provocó en los primeros años una visible derogación de los no controles de personas en determinados puntos internos fronterizos dentro del Área Schengen; pero el sistema general de libre circulación de personas tiende a restablecerse progresivamente, aunque no con la velocidad inicialmente prevista para volver a la normalidad de la circulación sin controles en el territorio Schengen.

De hecho, tenemos en la actualidad en proceso legislativo una propuesta de Reglamento que modifica el marco de restablecimiento temporal de controles en las fronteras interiores³⁹. La pretensión de la Comisión es permitir una ampliación del tiempo de vigencia para este tipo de controles, aunque con mayores salvaguardias y requisitos de procedimiento y evaluación, considerando siempre que debe tratarse de una medida excepcional de último recurso⁴⁰. Como ha sido indicado, se trata en definitiva de ordenar estas iniciativas estatales que pueden suponer un intento de renacionalizar las respuestas a las amenazas al orden público y a la seguridad interior, haciendo especial énfasis en el carácter excepcional de cualquier limitación que se plantee a la libre circulación de personas⁴¹.

Cuestión diferente es otra problemática vinculada, no tratada adecuadamente por la Unión y los Estados, es la de los desplazados en búsqueda de refugio y en movimiento en el interior de la UE hasta llegar a los lugares de destino, sin identificación y en situación de clara vulnerabilidad⁴².

³⁸ *Back to Schengen-A Roadmap*, Comunicación de 4 de marzo de 2016, COM(2016) 120 final. Pues desde marzo de 2016 la Comisión adoptó un plan para volver a la situación normalizada.

³⁹ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica el Reglamento (UE) 2016/399 en lo que respecta a las normas aplicables al restablecimiento temporal de controles fronterizos en las fronteras interiores, COM(2017) 571 final 2017/0245 (COD), 27 de septiembre de 2017.

⁴⁰ *Communication on preserving and strengthening Schengen*, COM(2017) 570 final, 27 de septiembre de 2017; *State of the Union 2017-Preserving and strengthening Schengen to improve security and safeguard Europe's freedoms*, 27 de septiembre de 2017, IP/17/3407, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-3407_en.htm.

⁴¹ J. D. JANER TORRENS, «El restablecimiento temporal de controles en las fronteras interiores de la Unión Europea como respuesta a las amenazas al orden público y a la seguridad interior: entre la excepcionalidad y la normalidad», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 61, 2018, pp. 899-932, esp. p. 931.

⁴² S. NAÏR propone la concesión masiva de salvoconductos de identificación con derecho a circular, un pasaporte de tránsito utilizando el modelo del «Pasaporte Nansen», *op. cit.*, Capítulo 13.

Esto es también consecuencia de la opción de los Estados de no hacer macrocampamentos en el interior del territorio UE para la recepción, registro, identificación y tramitación de las solicitudes de asilo de los refugiados —como fue en su momento propuesto por Frontex—.

En cualquier caso, aunque ha faltado «épica colectiva» en la respuesta común europea al desafío migratorio⁴³ el supuesto de la crisis de refugiados ha evidenciado que el espacio Schengen tiene una razonable robustez y capacidad de resiliencia ante situaciones inesperadas de gravedad. En sus veintitrés años en vigor desde 1995 esta experiencia histórica ha tenido un rodaje que ha demostrado fragilidad, pero al mismo tiempo una gran capacidad de resistir en su esencia y sobreponerse a dificultades en situaciones delicadas o comprometidas. A mi juicio, esto tiene que ver con muchos factores, siendo uno muy importante la fortísima solidez del espacio económico unificado.

Tras detenerse la afluencia de refugiados tras el pacto entre los Estados UE y Turquía de marzo de 2016, los millones de personas que llegaron en 2015-2016 ya están en situación de estudio de sus solicitudes de asilo, o bajo protección de los diferentes Estados. El problema hoy por tanto no es de fronteras interiores y de garantía de libre circulación, sino del acceso masivo y recepción en las fronteras exterior europeas, en las que no se pudo controladamente gestionar el cruce ni registrar y dar acogida a este descomunal flujo de llegadas; lo que puede repetirse en el futuro a corto, medio o largo plazo.

2. Fronteras exteriores y la inviabilidad del control fronterizo marítimo

Las fronteras exteriores de la Unión tienen unas muy especiales características, al ser creadas por los Pactos de Schengen con un modelo luego heredado y asumido por la UE a partir de 1997. Tener los mismos sistemas de control de acceso y salida del territorio interno «federal» de circulación, constituye como hemos señalado una experiencia y evolución histórica de las fronteras de los Estados europeos⁴⁴. Además, la Unión como entidad política *in statu nascendi* necesita mantener un territorio bien delimitado y controlado en el acceso y salida por sus fronteras exteriores. La acumulada experiencia desde 1995 —con el sistema Schengen de Derecho internacional previa a su subsunción como Derecho UE— hace que el control de fronteras exteriores ya tenga en la UE un rodaje de más de veinte años⁴⁵. La evolución del modelo le ha permitido asumir

⁴³ La expresión es de JANER TORRENS, *loc. cit.*, p. 930, quien hace un balance de conjunto del restablecimiento de controles fronterizos internos tras la crisis de refugiados.

⁴⁴ Véase A. DEL VALLE GÁLVEZ, «Las fronteras de la Unión-El modelo europeo de fronteras», *RDCE*, *op. cit.*

⁴⁵ Reglamento (CE) núm. 562/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen), *DOUE* L 105, de 13 de abril de 2006, p. 1.

razonablemente los controles en fronteras terrestres y aeroportuarias, incluso en las portuarias.

Sin embargo, hay en las fronteras exteriores marítimas unas problemáticas de envergadura para efectuar el control de fronteras. Por su propia naturaleza, son de muy difícil tratamiento, máxime cuando contemplamos las llegadas masivas de personas por el Mediterráneo de manera continua en el tiempo. Ningún Estado aisladamente, pero tampoco la UE sin la coparticipación estatal, puede afrontar estas problemáticas de la emigración en el mar Mediterráneo, y de las repentinas llegadas masivas o avalanchas de decenas o cientos de miles de personas.

En realidad, el sistema no demuestra poder funcionar bien cuando las funciones de control se ejercen en los espacios marítimos fuera de la jurisdicción del Estado, a partir de las doce millas del mar territorial. En realidad, la definición de frontera exterior se ha ido adaptando a la necesidad de adelantar algunas funciones de control fronterizo fuera de puerto, adentrándose en alta mar o incluso en los espacios marítimos de Estados terceros de salida de inmigrantes, como es el caso de Senegal con la crisis de los cayucos de 2006.

Tenemos así la aparentemente irresoluble cuestión de las fronteras marítimas mediterráneas, pues el control de fronteras exteriores originalmente diseñado para el espacio Schengen se adapta mal a este entorno. Por ello, la vigilancia de los espacios y límites marítimos europeos plantea unas especificidades que hacen muy difícil gestionar una vigilancia *eficaz*: el mismo medio marino, la existencia de amplias zonas de alta mar, de zonas diferenciadas SAR de rescate, en un contexto conflictivo de Estados terceros de la ribera sur del Mediterráneo, que poseen problemáticas diversas pero muy complejas. Además respecto al salvamento de inmigrantes en alta mar hay cuestiones muy abiertas en torno a las Zonas SAR en el Mediterráneo y las obligaciones de los Estados en estas áreas, en particular para el desembarco de las personas rescatadas⁴⁶.

Todo lo que hasta ahora se ha intentado para frenar o prevenir la inmigración no ofrece perspectivas de sostenibilidad como solución razonable y permanente de los problemas, que incluyen la lucha contra el tráfico de trata de seres humanos. En efecto se ha adoptado una original normativa para tratar temas en los que había lagunas de tratamiento en Derecho Internacional; podemos citar entre otros desde la regulación creadora de Frontex hasta la del Cuerpo de Guardia de Fronteras y Costas, pasando por la normativa sobre equipos de intervención rápida en las Fronteras (Rabit)⁴⁷, o la de vigilancia de fronteras marítimas exteriores en operacio-

⁴⁶ Una cuestión delicada es igualmente, a problemática de la normativa aplicable y la obligatoriedad de los buques mercantes en proceder al salvamento y desembarco de los inmigrantes, véase A. SMITH, «Uncertainty, Alert and DistressThe Precarious Position of NGO Search and Rescue Operations in the Central Mediterranean», *Paix et Sécurité Internationales*, núm. 5, 2017, pp. 29-70.

⁴⁷ Reglamento (CE) núm. 863/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, por el que se establece un mecanismo para la creación de equipos de intervención rápida en las

nes conjuntas. Incluso hemos conocido la tentación de respuesta militar, en algún caso felizmente disuadida por la propia ONU, y en otros, iniciada en el marco OTAN, o en el marco de la Operación «Eunavfor Med/Sofía»⁴⁸.

La extraordinaria fragilidad e inseguridad de las fronteras mediterráneas europeas hace que la vigilancia marítima sea insuficiente y plantee multiplicidad de nuevos problemas. Y entre ellos, cuestiones como el examen extraterritorial de solicitudes de asilo, los derechos de los inmigrantes en los diferentes espacios marítimos, o el desembarque de inmigrantes en terceros Estados⁴⁹. En este contexto se sitúan los casos muy mediáticos de denegación de acceso a puerto de buques de ONG o mercantes con inmigrantes rescatados en aguas territoriales de Libia o en alta mar (como por ejemplo fue el caso del buque *Aquarius*, en 2018)⁵⁰.

En realidad, la catarata de problemáticas jurídicas que se presentan en Derecho internacional y europeo ante la inmigración irregular y en el Mediterráneo en las diferentes acciones prácticas de control y salvamento por los Estados y la UE es, sencillamente, desbordante⁵¹. Máxime cuando enfocamos las cuestiones de respeto y protección de los derechos humanos de los inmigrantes⁵² que se encuentran en el medio marino, con intención de llegar a Europa. En este contexto, tenemos el hecho moralmente devastador de que las vías marítimas de inmigración concentran los horrendos datos objetivos de masivas muertes diarias de inmigran-

fronteras y que modifica el Reglamento (CE) núm. 2007/2004, del Consejo, por lo que respecta a este mecanismo y regula las funciones y competencias de los agentes invitados, *DOUE* L 199, de 31 de julio de 2007, pp. 30-39.

⁴⁸ Véase M. ACOSTA SANCHEZ, «Sobre el ámbito competencial de las operaciones de paz: El enfoque integral de la operación militar Sophia de la UE ante la crisis migratoria», *Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, núm. 12, 2019, pp. 15-48.

⁴⁹ Durante 2015 no se produjeron acciones de desembarco en terceros países de inmigrantes rescatados en el Mediterráneo por operaciones conjuntas, cfr. *Frontex' Annual Report on the implementation on the EU Regulation 656/2014 of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 establishing rules for the surveillance of the external sea borders*, 2016.

⁵⁰ Véase a este respecto el lúcido análisis de E. PAPSTAVRIDIS, «The Aquarius Incident and the Law of the Sea: is Italy in Violation of the Relevant Rules?», en *EJILTALK.ORG*, 27 de junio de 2018.

⁵¹ Entre otros, véanse M. DI FILIPPO, «Irregular Migration Across the Mediterranean Sea: Problematic Issues Concerning the International Rules on Safeguard of Life at Sea», *Paix et Sécurité Internationales*, núm. 1, 2013, pp. 53 y ss.; FRA-European Union Agency for Fundamental Rights, *Fundamental Rights at Europe's southern sea borders*, Luxemburgo, 2013; S. MARINAI, «The Action of Greece and Spain against Irregular Migration by Sea», en A. DEL VECCHIO (ed.) *International Law of the Sea - Current Trends and Controversial Issues*, La Haya, 2014, pp. 29 y ss.; J. J. RIJPMAN, «The Patrolling of the European Union's External Maritim Border: Preventing the Rule of Law from Getting Lost at Sea», en *International Law of the Sea - Current Trends...*, op. cit., pp. 77 y ss.; J. M. SOBRINO y G. A. OANTA, «Control y vigilancia de las fronteras en los diferentes espacios marítimos», *AFDUC*, núm. 14, 2010, pp. 759 y ss. Sigue siendo de interés el Documento SEC(2007) 691 de 15 de mayo de 2007, Commission Staff Working Document, «Study on the International Law instruments in relation to illegal immigration by sea».

⁵² Hemos analizado las problemáticas de las fronteras exteriores desde un enfoque de respeto de derechos humanos en A. DEL VALLE GÁLVEZ, «La fragilidad de los derechos humanos en las fronteras exteriores europeas, y la externalización/extraterritorialidad de los controles migratorios», en J. SOROETA LICERAS (dir.) y N. ALONSO MOREDA (ed.), *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. XVIII (en prensa).

tes que intentan llegar a Europa por esta vía, de inmigrantes conducidos principalmente por mafias de tráfico de personas a espantosas situaciones de peligro y muerte en el mar⁵³.

En este contexto es en el que afirmamos que es inviable la pretensión de articular un control fronterizo marítimo por la UE en el Mediterráneo y en las fronteras exteriores marítimas meridionales. Hay que considerar que la presión migratoria continuará en el corto, medio y largo plazo en los canales de llegada por vía marítima a Europa (mediterráneo oriental, central y occidental, y que además puede acentuarse puntualmente en periodos críticos por la cambiante e inestable situación del vecindario africano y de medio oriente. La experiencia demuestra que la UE ha conocido anteriormente de desbordamientos y crisis con la llegada súbita por mar de algunos miles de personas (caso de los cayucos en Canarias en 2006⁵⁴, o las frecuentes llegadas a las islas italianas cercanas a Túnez en el Mediterráneo central); por lo que conflictos internos de Estados terceros pueden, con relativa facilidad, nuevamente volver a poner en cuestión todo el régimen existente en la UE para la acogida y la libre circulación en su territorio interior.

Entonces, en nuestra opinión, son las fronteras marítimas las que condicionan que la UE deba introducirse en una Política fronteriza nueva. En efecto, las circunstancias y problemáticas que referimos confirman que deben articularse nuevos enfoques hacia los flujos migratorios y los controles fronterizos exteriores, con una gestión más integrada.

3. Activando el Sistema Integrado de Gestión de las Fronteras Exteriores

La crisis de refugiados vivida en Europa en los últimos años también parece haber llevado a activar la consolidación de una faceta de la política de controles en las fronteras, como es el sistema integrado de gestión de fronteras.

El denominado por el TFUE «Sistema Integrado de Gestión de las Fronteras Exteriores» (*«integrated management system for external borders»*), denominado actualmente *European Integrated Border Management*) se encuentra previsto en el decisivo art. 77 TFUE:

- «1. La Unión desarrollará una política que tendrá por objetivo:
 - c) Instaurar progresivamente un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores».

⁵³ Véase, por ejemplo, AMNESTY INTERNATIONAL, *Lives Adrift- Refugees and Migrants in Peril in the Central Mediterranean*, 2014.

⁵⁴ Véase M. ACOSTA SÁNCHEZ y A. DEL VALLE GÁLVEZ, «La crisis de los cayucos. La Agencia Europea de Fronteras - FRONTEX y el control marítimo de la inmigración clandestina», *Tiempo de Paz*, núm. 83, 2006, pp. 19 y ss.

El título del Capítulo TFUE (Políticas sobre Controles en las Fronteras, Asilo e Inmigración) justifica tres ámbitos principales, pero las subsiguientes disposiciones parecen ir escalonando decrecientemente la actividad UE: muy potente respecto a las fronteras interiores, también importante en controles exteriores, pero regulando el sistema de gestión de fronteras exteriores con menor previsión.

De hecho, el sistema integrado de gestión de fronteras no tiene como desarrollo un artículo específico, a diferencia de asilo (art. 78) e inmigración (art. 79), lo que denota un escalón inferior de intensidad normativa y competencial de la UE. En realidad, como objetivo de la política común (art. 77.1), solo hay prevista una posterior adopción de actos jurídicos. En efecto como señala el art. 77.2.d):

«2. A efectos del apartado 1, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas relativas a:

d) Cualquier medida necesaria para el establecimiento progresivo de un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores».

Tras la crisis migratoria parece, sin embargo, llegado el caso de su activación. En este sentido, hay que resaltar la Estrategia para desarrollar una Estrategia de Gestión Integrada de Fronteras Exteriores adoptada en marzo de 2018, y que tiene como elementos principales: una mayor cooperación e información compartida, con un papel principal de la Guardia de Fronteras y Costas; mejorar la armonización de normas y estándares comunes que se aplican por el Código de Fronteras Schengen; también de los análisis de riesgos, con previsión de planes de contingencia y de capacidades de reacción rápida. A destacar la necesidad que se expresa de integrar otras políticas como la de Seguridad y de lucha contra la delincuencia transfronteriza; y de cooperar con terceros Estados, en particular de cara a retornos y devoluciones. En fin, se subraya la necesidad de mejora de la financiación y de los recursos técnicos y humanos del Sistema Integrado de Gestión de Fronteras⁵⁵.

Sin duda el elemento central de esta estrategia de Gestión integrada viene constituido por la Guardia de Fronteras y Costas; debe destacarse en esta línea la aprobación por la Comisión en septiembre de 2018 de la propuesta de nuevo Reglamento de la Guardia Europea de Fronteras y Costas, que integra a EUROSUR⁵⁶.

⁵⁵ *The main elements for developing the European Integrated Border Management Strategy*, Anexo 6 de la Comunicación «Progress report on the Implementation of the European Agenda on Migration», COM(2018) 250 final, 14 de marzo de 2018.

⁵⁶ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas y por el que se derogan la Acción Común núm. 98/700/JAI del Consejo, el Reglamento (UE) núm. 1052/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, y el Reglamento (UE) 2016/1624, del Parlamento Europeo y del Consejo, Contribución de la Comisión Europea a la reunión de dirigentes que se celebrará en Salzburgo los días 19 y 20 de septiembre de 2018, 12 de septiembre de 2018, COM(2018) 631 final 2018/0330 (COD).

IV. «EXTERNALIZACIÓN», «EXTRATERRITORIALIDAD» Y «DESTERRITORIALIDAD» DEL CONTROL MIGRATORIO

En un contexto de generalizada *percepción* de vulnerabilidad del cinturón fronterizo exterior meridional, en opiniones públicas y Gobiernos europeos, encontramos las referencias cada vez mas frecuentes a lo que se denomina la «externalización» del control de fronteras⁵⁷.

El fenómeno de la actuación fronteriza de los Estados UE fuera del territorio europeo parece una tendencia inevitable en Europa, con diversas manifestaciones de nuevas y complejas funciones de control de fronteras que albergan ahora numerosos aspectos problemáticos; con instrumentos de control que se proyectan no solo en la línea de frontera, sino en diferentes lugares y espacios de los territorios liminares europeos y de otros Estados limítrofes. De esta tendencia se considera que existen numerosas manifestaciones, todas referidas a problemáticas extraterritoriales del ejercicio de funciones de frontera, en los márgenes o fuera del territorio de la Unión, con instrumentos europeos de control prefronterizo⁵⁸.

Veamos los distintos aspectos que presenta esta dimensión fronteriza exterior reciente.

1. La *desterritorialización* de controles migratorios y funciones fronterizas

Una primera cuestión tiene que ver con los conceptos que tenemos al uso en estas temáticas. En mi opinión, se presentan carencias en la utilización de los mismos por la doctrina y los medios de comunicación para referirnos a las realidades migratorias.

Las expresiones son muy variadas, pues las prácticas han recibido diversas denominaciones. Nagore Casas o Abrisketa Uriarte refieren por ejemplo un largo catálogo de expresiones académicas para referirse a esta realidad⁵⁹. Aunque por supuesto podemos encontrar otras, como «desplazamiento de fronteras», o «delegación» o «control remoto» de la inmigra-

⁵⁷ Véase J. J. RIJMA y M. CREMONA, «The Extra-Territorialisation of EU Migration Policies and the Rule of Law», *EUI Working Papers- Law*, 2007/1.

⁵⁸ M. NAGORE CASAS, «The instruments of pre-border control in the EU: A new source of vulnerability for asylum-seekers?», en European Commission, *FRAME*, 31 de mayo de 2016, pp. 30-59.

⁵⁹ «In addition to “politics of non-entrée”, several terms have been used by scholars to refer to this phenomenon, which is subject to increasing attention by literature and media: “outsourcing, externalisation, offshoring or extraterritorialisation of migration management; external migration governance; remote migration policing”; “de-territorialisation of border control”; “politics of extra-territorial processing”; “neo-refoulement”; or “limes imperii”. All of these terms refer to the various types of interception measures used by states against asylum-seekers and refugees, measures which are usually developed by the wealthiest states, notably the United States, Australia, Canada and EU Member States», señala NAGORE CASAS, *ibid.*, pp. 31-32. También véanse las expresiones que refiere J. ABRISKETA URIARTE, «La dimensión externa del derecho de la Unión Europea en materia de refugio y asilo: un examen desde la perspectiva del *non-refoulement*», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 56, 2017, pp. 119-158, esp. pp. 125-126.

ción, asilo *off-shore*, o control policial a distancia⁶⁰, y las que se pueden resumir en la expresión de *políticas de non-entrée*⁶¹.

La mayoría de estas expresiones quieren reflejar realidades fronterizas diferentes o novedosas, pero que en suma inciden en la voluntad de la UE y los Estados miembros en alejar o prevenir la llegada de inmigrantes a sus fronteras exteriores, mediante una doble serie de medidas que llevan a que aparentemente las funciones de control fronterizo se desplacen o compartan con terceros Estados:

— Por una parte, con medidas como Programas, Planes de Acción o Acuerdos internacionales que pretenden que Estados terceros (de origen o tránsito) vigilen sus fronteras y flujos migratorios, para impedir su acceso físico al territorio de los Estados UE, asumiendo la localización en su territorio, o el rechazo, de refugiados e inmigrantes en general que provienen de otros Estados, pero con dirección a los Estados europeos como lugar de destino.

— Por otra parte, llevando a cabo funciones de control fronterizo por los propios Estados, aunque fuera de su soberanía y/o jurisdicción territorial (terrestre y marítima).

En general, se utiliza con facilidad las expresiones *externalización* o *extraterritorialización* de las fronteras y sus controles, muchas veces como sinónimos⁶².

Sin embargo, conviene intentar aportar un poco de mayor precisión al empleo de estos conceptos, para conocer las consecuencias y alcance jurídico de las expresiones, que en ocasiones son figurativas (crear una «zona-tampón» o «Estados-tampón» alrededor de Europa, por ejemplo), y que pretenden reflejar la realidad de la deslocalización sistemática de ciertas funciones fronterizas y de control migratorio fuera de la frontera-línea y puestos de control y paso fronterizo terrestre, marítimo-portuario y aeroportuario. Las expresiones o definiciones que utilizan los autores en ocasiones son descarnadas⁶³. Con todo, hay cierta conciencia de abarcar unas variadas situaciones que debe ser diferenciadas⁶⁴.

⁶⁰ Por ejemplo, E. GUILD y D. BIGO, «Policing at a distance: Schengen Visa policies», en *Controlling Frontiers- Free Movement Into and Within Europe*, Londres, 2005, pp. 203 y ss.

⁶¹ Véanse los comentarios de A. SÁNCHEZ LEGIDO, «El arriesgado acceso a la protección internacional...», *loc. cit.*, pp. 439 y ss.

⁶² Véase, por ejemplo, L. GABRIELLI, «La externalización europea del control migratorio. ¿La acción española como modelo?», *Anuario CIDOB de la inmigración*, núm. 2017, 2017, pp. 127-152; R. ZAPATA BARRERO y J. ZARAGOZA CRISTIANI, «Externalización de las políticas de inmigración en España: ¿giro de orientación política en la gestión de fronteras y flujos migratorios?», *Panorama social*, núm. 8, 2008.

⁶³ Por ejemplo, G. FANJUL señala «la lógica de “externalización” que ha seguido la política migratoria europea desde la crisis de los cayucos de 2005-2006: comprar o forzar la colaboración de semidemocracias en el trabajo sucio», o de G. PINYOL, «Colaborar con países vecinos para delegarles el control de sus fronteras, en un intento de reducir la presión migratoria (habitualmente sobreestimada) y no responsabilizarse de la protección de derechos de las personas migrantes», en *Agenda Exterior sobre Inmigración y Refugio*, 28 de junio de 2018.

⁶⁴ Véase ABRISKETA URIARTE, *loc. cit.*, p. 157. Por su parte, F. McNAMARA, «Member State Responsibility for Migration Control within Third States-Externalisation Revisited», *European*

Se trata en suma de situaciones que localizan fuera del territorio terrestre, aéreo y marítimo de los Estados determinadas funciones que se han desempañado tradicionalmente en la frontera o en puestos fronterizos, y también determinadas medidas y acciones referentes a la inmigración y flujos migratorios. Por eso preferimos referirnos a este conjunto de situaciones como *desterritorializar* el control migratorio, al tratarse de escenarios y realidades fuera de territorio de la UE.

Por ello, en este ejercicio de intentar una mayor precisión conceptual, quizás sea más útil utilizar el termino *Desterritorialidad*, que es más neutro que los referidos, ya que evoca la idea de ubicar fuera del territorio determinadas funciones de control fronterizo y de políticas migratorias, a desarrollar por otros Estados o por el propio Estado. El mismo *Diccionario de la Academia de la Lengua* asienta que «territorial» es lo «perteneiente o relativo al territorio». Como se trata de situaciones y actuaciones vinculadas a las migraciones y a los controles fronterizos, debemos conceptualmente situarnos fuera del territorio; por lo que esta opción de *Desterritorialidad* permite hipotéticamente abarcar las situaciones de *Externalización* y de *Extraterritorialidad* de las funciones de control fronterizo⁶⁵.

2. *Externalización de la gestión y control de flujos migratorios vs. extraterritorialidad de controles fronterizos*

La doctrina frecuentemente considera que ciertas funciones de control fronterizo de la UE y sus Estados se realizan por otros Estados terceros, a través de figuras jurídicas imprecisas, como «delegación», «atribución» o «control remoto» para la «contención de los flujos migratorios», o directamente como la subcontratación por la UE fuera del territorio de una parte del control de sus fronteras⁶⁶. Normalmente en estos análisis no queda claro el vínculo jurídico entre los Estados miembros/UE y la realización de estas prácticas de control migratorio fronterizo por terceros Estados.

Sin embargo, es muy difícil poder considerar legalmente que existe un control directo o indirecto de actuaciones de Estados terceros por parte

Journal of Migration and Law, 2013, pp. 319-335, diferencia entre «*Externalisation*» y «*External dimension*», esta última para situaciones en las que el control del Estado es más débil e indirecto.

⁶⁵ RUPMA y CREMONA, *loc. cit. supra*, utilizan la expresión *Extra-Territorialisation*, con parecidos contenidos que empleamos nosotros. Por su parte, en un sentido diferente, vinculado a identidades en las migraciones, M. REYES TOVAR, «La Desterritorialización como forma de abordar el concepto de frontera y la identidad en la migración», *Revista Geográfica de América Central*, 2011, 2. Por su parte, G. E. NARANJO GIRALDO concibe la Desterritorialización de una frontera como la realización de ciertos controles fronterizos fuera del territorio del Estado, «Desterritorialización de fronteras y externalización de políticas migratorias. Flujos migratorios irregulares y control de las fronteras exteriores en la frontera España-Marruecos», *Estudios Políticos*, núm. 45, 2014, pp. 13-32.

⁶⁶ Véase, por ejemplo, V. D'HUMIÈRES, «La coopération Union Européenne/Afrique: l'externalisation des politiques migratoires européennes», *Fondation Robert Schuman, Policy Paper*, núm. 472, 20 de abril de 2018, p. 1.

de los Estados europeos o de la Unión Europea. Se trata de una cuestión muy difícil de concluir sobre la sola base de los acuerdos políticos y jurídicos alcanzados (caso paradigmático del Acuerdo UE-Turquía de 2016), o de la normativa de Derecho derivado adoptada por la UE. Aparte de la dificultad de su demostración, no parece que, considerado a la luz del Derecho internacional, nos encontremos ante un supuesto de responsabilidad internacional de los Estados europeos o de la UE, ante un comportamiento de gestión migratoria de un tercer Estado (control de fronteras por Túnez, o retorno o regularización de inmigrantes por Marruecos, por ejemplo); en este sentido, no parece que resulten aplicables las disposiciones del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado (Primera Parte, Cap. II, arts. 4-11, «Atribución de un Comportamiento al Estado»)⁶⁷. Es cierto sin embargo que en la doctrina y análisis de organismos y ONG es frecuente la idea de que la UE ha transferido responsabilidad mediante la subcontratación a terceros Estados de controles migratorios⁶⁸, lo que es una imprecisión y no responde a la realidad jurídico internacional.

Ante esta indefinición en los análisis, quizá sea razonable diferenciar entre los conceptos de externalización y de extraterritorialización. De hecho el mismo *Diccionario de la Real Academia* claramente entiende que se trata de situaciones diferentes; así, mientras que *Extraterritorial* su única acepción entiende que es lo «que está o se considera fuera del territorio de la propia jurisdicción», *Externalizar* lo considera proveniente del inglés y aplicable a la economía, dando como primera acepción: «Dicho de una empresa o de una institución pública: encomendar la realización de tareas o servicios propios a otra empresa».

En primer lugar, entenderíamos así por *Externalización* de controles fronterizos aquellas situaciones en las que no hay ni presencia ni ejercicio directo de actividades de control por agentes públicos de los Estados miembros. Los Estados terceros llevan a cabo determinadas funciones de control fronterizo y política migratoria (vigilancia de sus fronteras, detención y devolución de inmigrantes, procesos de regularización y permisos de residencia a inmigrantes) como consecuencia directa o indirecta de acuerdos con la UE o con Estados miembros de la UE, o con Programas y Planes de acción acordados con al Unión Europea o sus Estados.

En realidad, las actividades de Externalización de controles migratorios parece más adecuado encajarlas en la genéricas de *gestión o control de flujos migratorios*, por tener componentes, actividades y fines que no son estrictamente los de control de entrada de extranjeros en el territorio

⁶⁷ Proyecto de artículos sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, texto adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en 2001. Véase el análisis de las normas de Derecho internacional en las diferentes situaciones que plantean T. GAMMELTOFT-HANSEN y J. C. HATHAWAY, «Non-Refoulement in a World of Cooperative Deterrence», *Columbia Journal of Transnational Law*, 53, núm. 2, 2015, pp. 235-284.

⁶⁸ Véase, por ejemplo, C. RODIER, «Externalisation of migration controls», en *Shifting Borders - Externalising migrant vulnerabilities and rights?*, Red Cross EU Office, 2013, p. 7.

a través de controles de frontera en el puesto o línea fronteriza. En esta línea más genérica podemos incardinar referencias a la «*Externalisation of Protection Responsibilities*»⁶⁹.

No hay que olvidar que la «gestión eficaz de los flujos migratorios» es un componente de la Política Común de Inmigración (art. 79.1 TFUE), y no de las Políticas sobre controles en las fronteras (art. 77 TFUE). En cualquier caso, estas actividades o situaciones pretenden mantener alejados a los inmigrantes y refugiados en general del territorio de los Estados UE (aunque no hayan sido identificados y clasificados como tales por ningún organismo o autoridad europea o de tercer Estado). Por consiguiente, el sesgo que ha dado la UE hasta ahora como contenido de la gestión de los flujos migratorios es la de la actuación de y en terceros Estados para disuadir y prevenir la llegada a territorio UE⁷⁰ de ciertas categorías de extranjeros.

En segundo lugar, debemos diferenciar las situaciones de *Extraterritorialidad* de las funciones de control fronterizo, ciñéndolas a aquellas en las que hay presencia o ejercicio por agentes públicos de los Estados UE de ciertas actividades o funciones de control en el territorio de Estados terceros, con su acuerdo. De forma que habría ejercicio directo o indirecto de jurisdicción estatal, aplicando el Derecho de la Unión o el Derecho interno de un Estado.

La presencia del agente público que actúa por cuenta del Estado UE o de la UE quizá puede ser el factor diferencial y determinante de la diferencia conceptual. Presencia en un contexto de *control* por el Estado de la situación migratoria de que se trate, según podríamos deducir de la jurisprudencia *Hirsi Jamaa* del TEDH⁷¹. En cualquier caso los problemáticas se abren respecto a los derechos de los inmigrantes y refugiados en situaciones fuera de territorio⁷².

Otras opciones para establecer criterios de atribución de responsabilidad de los Estados aparentan ser menos sólidas: como la de determinar si existe o no aplicación de Derecho de la UE o de los Estados miembros de la UE en el territorio de terceros Estados; o si por vía de responsabilidad internacional existe consentimiento o puesta a disposición de órganos de Estado tercero al servicio del Estado UE o de la UE.

⁶⁹ Véase *The EU-Turkey Statement and the Greek Hotspots - A failed European Pilot Project in Refugee Policy*, The Greens/European Free Alliance - European Parliament, junio de 2018.

⁷⁰ Esta idea de prevenir la entrada a jurisdicciones de Estados UE es la que da como central en algunas definiciones del concepto genérico de externalización de controles migratorios, cfr. B. FRELICK, I. M. KYSEL y J. PODKUUL, «The Impact of Externalisation of Migration Control on the Rights of Asylum Seekers and Other Migrants», *Journal of Migration and Human Security*, vol. 4, núm. 4, 2016, pp. 190-220, esp. p. 193.

⁷¹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos-TEDH (Gran Sala), *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, núm. 27765/09, 23 de febrero de 2012. Sobre las problemáticas de la exigencia del «control efectivo» de la jurisprudencia TEDH, F. McNAMARA, «Member State Responsibility for Migration Control within Third States-Externalisation Revisited», *loc. cit.*; por su parte, sobre las consecuencias y difícil aplicación práctica de esta sentencia en situaciones de control migratorio en el mar, V. MORENO LAX, «Hirsi Jamaa and Others v Italy or the Strasbourg Court versus Extraterritorial Migration Control?», *Human Rights Law Review*, núm. 12:3, 2012, pp. 574-598.

⁷² ABRISKETA URIARTE, *loc. cit.*, respecto al alcance del principio de *non-refoulement*.

La demostración de que este es un tema que hemos de explorar jurídicamente con determinación viene por la confirmación teórica por la UE de modelos novedosos de control fronterizo extraterritorial. El desembarque de inmigrantes en países terceros ya ha sido aceptado como fórmula en estudio por el Consejo Europeo de julio de 2018.

Esta idea de los Centros en Estados terceros para internamiento y examen de solicitudes de asilo es una propuesta recurrente, como la de crear un centro en el norte de África⁷³, centros o lugares de acogida temporal, con la finalidad de alojar a los demandantes de asilo mientras se procesan sus solicitudes en Europa. Se trata de una posibilidad que siempre se ha considerado no tenía la mínima cobertura legal internacional o europea para evaluar su viabilidad, aunque cada cierto tiempo ha venido de la mano de las sucesivas crisis migratorias⁷⁴. Ya el Centro polivalente de Níger se había creado como experiencia piloto sobre las perspectivas de este tipo de Centros de orientación de inmigrantes y de examen de sus eventuales solicitudes de asilo.

De todas formas, la cuestión ya se ha planteado abiertamente en 2017 tras la crisis migratoria y de refugiados de 2015-2016, y en 2018 se ha adoptado formalmente mediante acuerdo del Consejo Europeo de junio de 2018⁷⁵ la propuesta para crear *Plataformas regionales de desembarco* en terceros países, en colaboración con ACNUR y la Organización Internacional de las Migraciones⁷⁶, y *Centros controlados* en el territorio de los Estados UE⁷⁷ (se modificó la inicial denominación de «Centros cerrados de acogida»).

Actualmente se encuentra en estudio la viabilidad de estas Plataformas y Centros⁷⁸, donde numerosas cuestiones deben aclararse, relativas

⁷³ NAIR refiere que ya en 2003 se propuso crear «Transit Processing Centers», campos de retención *off-shore* en zonas de protección regional en países limítrofes o vecinos a la UE, *op. cit.*, pp. 51-52.

⁷⁴ Véase por ejemplo, «Macron pide que la identificación de refugiados empiece en Chad y Níger», *El País*, 29 de agosto de 2017; «Italia propone campos de refugiados en Libia para contener la inmigración», *El Periódico*, 8 de agosto de 2017.

⁷⁵ Véase C. GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, «El Consejo Europeo y las migraciones: ¿se ha avanzado algo?», *Análisis del Real Instituto Elcano*, ARI 85/2018, 5 de julio de 2018.

⁷⁶ Conclusiones del Consejo Europeo de Bruselas, 28 de junio de 2018, doc. EUCO 9/18, Punto 5: «En ese contexto, el Consejo Europeo pide al Consejo y a la Comisión que estudien con prontitud el concepto de plataformas regionales de desembarque, en estrecha cooperación con los terceros países correspondientes, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y la Organización Internacional para las Migraciones (OIM). Estas plataformas deben funcionar distinguiendo cada situación particular, respetando plenamente el Derecho internacional y sin crear un efecto llamada», <https://www.consilium.europa.eu/es/meetings/european-council/2018/06/28-29/>.

⁷⁷ Punto 6: «En el territorio de la UE, de conformidad con el Derecho internacional, es preciso hacerse cargo de las personas a las que se rescata, partiendo de un esfuerzo compartido, trasladándolas a centros controlados establecidos en Estados miembros, solo de manera voluntaria, en los que una tramitación rápida y segura permitiría, con el pleno apoyo de la UE, hacer una distinción entre los migrantes irregulares, a los que se retornará, y las personas necesitadas de protección internacional, a las que se aplicará el principio de solidaridad. Todas las medidas en el contexto de dichos centros controlados, también la reubicación y el reasentamiento, se aplicarán de manera voluntaria, sin perjuicio de la reforma de Dublín».

⁷⁸ Véanse Non-Papers y Folletos de Seguimiento de las Conclusiones del Consejo Europeo, «Non-paper on «controlled centres» in the EU - interim Framework», «Non-paper on regional

a derechos fundamentales, el estatuto jurídico interno o internacional de estos centros, o la responsabilidad de la UE en los mismos, con intervención de agentes públicos de los Estados miembros o de funcionarios y agentes de la UE, o de funcionarios de otra Organización Internacional.

V. CONCLUSIONES

La crisis de los refugiados ha conformado en Europa una nueva percepción de la realidad migratoria. Las ramificaciones de sus impactos en la construcción europea son visibles y duraderas.

La reacción de la UE ha tenido cierta perspectiva estratégica, aunque lastrada por un exceso de eurocentrismo y de percepción securitaria, que no tiene en cuenta equilibradamente los intereses de los países terceros. El gran esfuerzo económico que se está realizando sostiene una estrategia de largo alcance que solo ahora empieza a esbozarse, para fomentar el desarrollo económico en los países de origen y tránsito de la emigración. Por otra parte, cuestiones como las de vigilancia del respeto de derechos humanos de los inmigrantes aún están por perfilarse adecuadamente de manera global en esta estrategia.

Aunque podemos hacer diferentes valoraciones del comportamiento y capacidad de reacción de la UE y sus Estados, lo cierto es que el debate migratorio ha decantado decididamente un bloque de países abiertamente reacios a la solidaridad intraeuropea, y a asumir las nuevas realidades y cargas que suponen los refugiados presentes y por venir a Europa. Esta perspectiva es muy negativa a medio y largo plazo, ya que, como hemos visto, la crisis también revela la permanencia de las corrientes y flujos migratorios, y la consolidación de las vías o *Puertas de entrada* a Europa.

Hemos considerado en el trabajo la vulnerabilidad de las fronteras europeas diseñadas y en funcionamiento en el Área Schengen. Las fronteras interiores fueron las más impactadas al comienzo de la crisis migratoria, y probablemente van a quedar marcadas por los cambios normativos en curso, que tienden a admitir la excepcionalidad como hecho relativamente común en el espacio «federal» de libre circulación europeo. Pese a todo, la capacidad de resiliencia de este sistema de ausencia de controles fronterizos interiores en el espacio «federal» de libre circulación, es incontestable.

El impacto en las fronteras europeas exteriores ha sido aún mayor, ya que se ha puesto de relieve en nuestra opinión definitivamente que, más que frágiles o vulnerables, ciertos controles fronterizos como los ma-

disembarkation arrangements», 20180724_factsheet-controlled-centres-eu-member-states_en.pdf, 20180724_factsheet-regional-disembarkation-arrangements_en.pdf, en *Managing migration: Commission expands on disembarkation and controlled centre Concepts*, 24 de julio de 2018, IP/18/4629, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4629_en.htm.

rítmicos son impracticables, en particular los de las fronteras marítimas meridionales europeas.

Precisamente esta inviabilidad del control fronterizo en espacios marítimos es lo que lleva en nuestra opinión a acentuar ciertas tendencias en las fronteras exteriores europeas, como las de *externalización* de controles migratorios. Los nuevos desarrollos normativos y de planificación estratégica confirman esta tendencia, así como la preocupación actual por desplegar un sistema integrado de gestión de fronteras exteriores.

Respecto al fenómeno conocido como de «Externalización» de controles migratorios, la doctrina ha venido considerándolo como actuaciones de la UE que buscan reducir, ordenar y controlar los flujos migratorios en anuencia con Estados terceros, en relaciones por definición asimétricas⁷⁹. En nuestro trabajo hemos abordado las diferentes situaciones que se plantean, poniendo de relieve la conveniencia de diferenciar entre *Externalizar* las políticas migratorias, por una parte, de la actuación *Extraterritorial* de control migratorio, por otra parte.

Buscando una mayor precisión conceptual, preferimos utilizar el término *Desterritorialidad*, que es más neutro que los referidos, al evocar la idea de ubicar fuera del territorio determinadas funciones de control fronterizo y de políticas migratorias, a desarrollar por otros Estados o por el propio Estado. Al tratarse de situaciones y actuaciones vinculadas a las migraciones y a los controles fronterizos, debemos conceptualmente situarnos fuera del territorio; por lo que esta opción de *Desterritorialidad*, permite hipotéticamente abarcar las dos situaciones de *Externalización* y de *Extraterritorialidad* de las funciones de control fronterizo respecto a las migraciones.

Para ello nos centramos en las diferentes nociones y actividades que podrían debatirse respecto a la «Externalización», «Extraterritorialidad» de controles migratorios y funciones fronterizas, expresiones que, en suma, hacen referencia a actividades de gestión y control migratorio fuera del territorio, llevados a cabo por agentes públicos de los Estados UE, o por terceros Estados.

Por una parte, consideramos constituyen *Externalización* de la gestión y control de flujos migratorios, las actividades de adopción de Acuerdos, Programa, Planes y medidas que pretenden que Estados terceros vigilen sus propias fronteras y flujos migratorios, para controlar, restringir o impedir el acceso físico al territorio de los Estados UE, asumiendo la localización en su territorio, o el rechazo, de refugiados e inmigrantes de otros Estados. Esto no implicaría presencia ni ejercicio directo de actividades de control por agentes públicos de los Estados miembros de la UE. En realidad, fuera del territorio europeo es muy discutible que los Estados estén realizando estrictamente funciones de control fronterizo, ya que se

⁷⁹ R. RICARD ZAPATA-BARRERO, «La dimensión exterior de las políticas migratorias en el área mediterránea: premisas para un debate normativo», *Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, núm. 2, 2013, pp. 32 y 9.

trata de un ámbito que se encuentra tal vez en el más genérico terreno del *control de flujos migratorios* y vinculado a la política migratoria y a la acción exterior europea.

Por otra parte, entendemos que la actuación *Extraterritorialidad* supone llevar a cabo funciones de control fronterizo por los Estados fuera de su territorio. Aquí debe existir en nuestra opinión presencia o ejercicio por agentes públicos de los Estados miembros de ciertas actividades o funciones de control (efectivo) fronterizo, en espacios sin jurisdicción estatal, o en el territorio de Estados terceros, con su acuerdo.

Estamos ante un cambio en la concepción misma de la frontera en esta era posglobalización, donde determinadas funciones se deslocalizan y se sitúan sistemáticamente fuera del territorio y los puestos fronterizos de los Estados. Sin embargo, las actuaciones territoriales y extraterritoriales deben diferenciarse de las que se producen en actividades de acción exterior en o con terceros Estados a fines de política de inmigración y control de flujos migratorios.

La Unión necesita hoy instrumentos y conceptos nuevos para estas nuevas realidades, y sobre todo para no perder de vista que, a la hora de afrontar crisis como las migratorias y de derechos de los extranjeros que se acercan o entran en nuestro territorio y jurisdicción, Europa es una construcción racional que supone un Proyecto de progreso civilizatorio, y que como tal debe incorporar permanentemente sus valores y el respeto de derechos humanos en todas sus políticas, medidas normativas y actuaciones con extranjeros y Estados terceros, en sus propias fronteras exteriores y más allá de las mismas.